

ZH_OBERGERICHT LE180045 vom 13. September 2019

ZH Obergericht, 2019-09-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE180045

FR: ZH_OBERGERICHT LE180045 du 13 septembre 2019

IT: ZH_OBERGERICHT LE180045 del 13 settembre 2019

Erwägungen

E. 1

Die Parteien heirateten am tt. Oktober 2008. Sie haben keine gemeinsamen Kinder.

E. 1.1

Periode I (November 2016 bis September 2017)

E. 1.1.1

Die Gesuchstellerin fordert rückwirkend ab November 2016 Unterhaltsbeiträge (Urk. 45 S. 2). Die Vorinstanz hat mit Bezug auf die von der Gesuchstellerin für die Zeitspanne von November 2016 bis September 2017 geforderten Unterhaltsbeiträge erwogen, dass die Gesuchstellerin ihren Notbedarf für diese Periode nicht substantiiert dargelegt habe, weshalb es nicht möglich sei, zu prüfen, ob im fraglichen Zeitraum Unterhaltsansprüche der Gesuchstellerin bestünden. Daher hat die Vorinstanz in der Folge einzig Unterhaltsansprüche ab Oktober 2017 geprüft (vgl. Urk. 70 S. 9).

E. 1.1.2

Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, dass sie ihrer Substantiierungspflicht mit ihren Ausführungen zum Bedarf auf Seite 12 des vorinstanzlichen Protokolls hinreichend nachgekommen sei. Diese Ausführungen seien rechtsgenügend und hätten nur dann vertieft werden müssen, wenn sie substantiiert bestritten worden wären, was jedoch nicht der Fall sei. Bestritten worden seien lediglich die Miet- und die Krankenkassenkosten (Urk. 69 S. 8.)

E. 1.1.3

Art. 8 ZGB verpflichtet jede Partei, die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, aus denen sie Rechte ableitet. Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf welchen der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Die unterhaltsfordernde Partei hat zu beweisen, dass es ihr nicht möglich bzw. unzumutbar ist, selbst für den (gebührenden) Unterhalt aufzukommen, und dem anderen Ehegatten die Leistung des verlangten Unterhalts möglich ist. Wie erwähnt entbindet die vorliegend geltende beschränkte Untersuchungsmaxime die Parteien nicht von ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast. Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei

- 9 - wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner allerdings den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so

umfassend und klar darzulegen, dass darüber Be- weis abgenommen werden kann (BGer 4A_504/215 vom 28. Januar 2016, E. 2.1.3; BGer 4A_539/2014 vom 7. Mai 2015, E. 3.4; BGE 127 III 365 E. 2b). Die nicht behauptungsbelastete Partei trifft eine Bestreitungs- last. Die beklagte Partei hat im Einzelnen darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei anerkannt oder bestritten werden (Art. 222 Abs. 2 ZPO). Die Bestreitung hat substantiiert zu erfolgen, pauschale Erklärungen genügen nicht (Glasl, DIKE- Komm-ZPO, Art. 55 ZPO N 17 m.w.H.).

E. 1.1.4

Anlässlich der Verhandlung vom 2. Mai 2018 bezifferte die Gesuchstellerin ihren aktuellen Bedarf auf insgesamt Fr. 3'100.– (Grundbetrag: Fr. 1'200.–, Wohnkosten: Fr. 800.–, Krankenkasse: Fr. 358.60, Kommunikationskosten: Fr. 124.30, Mobilitätskosten: Fr. 280.–, Hausratsversicherung [noch abzuschlies- sen]: Fr. 40.–, Weiterbildungskosten: Fr. 200.–, Steuern: Fr. 100.–), wobei sie zu den einzelnen Bedarfspositionen nähere Ausführungen machte (vgl. Urk. 45 S. 11). Nach dem Notbedarf für den Zeitraum von November 2016 bis Septem- ber 2017 gefragt, liess die Gesuchstellerin ausführen, dass dieser immer etwa gleich gewesen sei. Der Grundbetrag habe sich nicht verändert. Betreffend Wohnkosten hielt sie fest, dass sie zwar verschiedene Wohnsitze gehabt habe, sie jedoch immer etwa Fr. 800.– an Wohnkosten bezahlt habe. Die Krankenversi- cherung sei immer die Gleiche gewesen. Die Telefonkosten seien immer etwa gleich hoch gewesen. Die Fahrkosten hätten etwa Fr. 280.– pro Monat betragen. Eine Hausratversicherung müsse noch abgeschlossen werden. Die Weiterbil- dungskosten seien schwankend. Die Gesuchstellerin habe immer wieder ver- sucht, einen Anlauf zu unternehmen. Es habe aber nicht geklappt. Deshalb seien die Weiterbildungskosten so zu belassen (vgl. Prot. I S. 12).

E. 1.1.5

Der Gesuchsgegner nahm zum Notbedarf der Gesuchstellerin im Zeitraum von November 2016 bis September 2017 wie folgt Stellung: Es könne nicht sein,

- 10 - dass der Bedarf der Gesuchstellerin in den Jahren 2016 und 2017 gleich gewe- sen sei wie ihr aktueller Bedarf. Im Jahre 2016 habe sich die Gesuchstellerin an die Adresse ihrer Mutter abgemeldet, um diese zu pflegen. Dort habe sie keine Miete bezahlen müssen und auch kein Geld gebraucht. Die Gesuchstellerin habe dem Gesuchsgegner auf Befragen gesagt, dass sie in der Schweiz keine Kran- kenkasse mehr benötige, da sie eine Arbeitsstelle in Deutschland habe. In Deutschland sei man krankenversichert, sobald man eine Arbeitsstelle habe (Prot. I S. 15).

E. 1.1.6

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Gesuchstel- lerin zu ihrem Notbedarf im Zeitraum von November 2016 bis September 2017 nicht lediglich behaupten liess, dass dieser immer etwa gleich gewesen sei. Viel- mehr machte sie in der Folge nähere Ausführungen zu den einzelnen Bedarfs- sitionen. Die Aussage, wonach der Bedarf immer etwa gleich gewesen sei (Prot. I S. 12), ist ausserdem als Bezugnahme auf die Ausführungen zum aktuellen Be- darf auf S. 11 des Plädoyers der Gesuchstellerin zu verstehen (vgl. Urk. 45 S. 11), wo diese jede Bedarfsposition bezifferte und insofern ihrer Substantiie- rungslast nachgekommen ist. Die Vorinstanz durfte die Prüfung der geforderten Unterhaltsbeiträge deshalb nicht mit der Begründung, die Gesuchstellerin habe ih- re Substantiierungspflicht verletzt, abrechnen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob Un- terhaltsansprüche der Gesuchstellerin in der Zeit von November 2016 bis Sep- tember 2017

bestehen, weshalb auf die einzelnen Bedarfspositionen näher einzugehen ist. a) Die Gesuchstellerin pflegte von November 2016 bis März 2017 ihre in C._____ [Ort] lebende Mutter. Danach kehrte die Gesuchstellerin in die Schweiz zurück (Prot. I S. 22 und Urk. 45 S. 7). Der Gesuchstellerin ist auch in der Zeit, während welcher sie bei ihrer Mutter in Deutschland lebte, ein Grundbetrag anzurechnen, da nicht geltend gemacht wurde, dass die Mutter für sämtliche Positionen, welche durch den Grundbetrag zu decken sind, aufgekommen sei. Gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgend Kreisschreiben) beträgt der Grund-

- 11 - betrag für eine alleinstehende Person in Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person Fr. 1'100.-. Lebt die Unterhaltsgläubigerin im Ausland, ist bei der Bedarfsberechnung das allenfalls tiefere oder höhere Niveau der dortigen Lebenskosten zu berücksichtigen. Diese Berücksichtigung des unterschiedlichen Lebensstandards in den verschiedenen Staaten erfolgt über eine Umrechnung anhand der statistisch erhobenen Verbrauchergeldparitäten bzw. internationaler Kaufkraftvergleiche. Gestützt auf die Vergleichstabelle der UBS betreffend die Preisverhältnisse in C._____ und Zürich ergibt sich, dass das Preisniveau in C._____ im Verhältnis zu demjenigen in Zürich 71 % beträgt (vgl. die von der UBS AG herausgegebene Erhebung über "Preise und Löhne rund um die Welt [Stand 2018]), weshalb der Grundbetrag für die Zeit von November 2016 bis März 2017 auf Fr. 780.- pro Monat zu reduzieren ist. Im April 2017 pflegte die Gesuchstellerin einen 94-jährigen Mann, in dessen Haus ihr ein Zimmer zur Verfügung stand. Dem entspricht ein Grundbetrag von Fr. 1'100.- (Grundbetrag für einen alleinstehenden Schuldner in Haushaltsgemeinschaft mit erwachsener Person). Im Juli und August 2017 bewohnte sie ein Personalzimmer im Hotel, in welchem sie arbeitete (Prot. I S. 22 f.), weshalb ihr gemäss Kreisschreiben ein Grundbetrag von Fr. 1'200.- (Grundbetrag für einen alleinstehenden Schuldner ohne Haushaltsgemeinschaft) anzurechnen ist. Es fehlen Angaben dazu, wo die Gesuchstellerin im Mai, Juni und September 2017 gewohnt hat. Da der Gesuchsgegner nicht behauptete, dass die Gesuchstellerin in diesen Monaten in Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person gelebt hat, ist ihr für die Monate Mai, Juni und September 2017 ein Grundbetrag von Fr. 1'200.- anzurechnen. Zusammenfassend ist bei der Gesuchstellerin im Zeitraum von November 2016 bis September 2017 von einem durchschnittlichen monatlichen Grundbetrag von Fr. 1'000.- auszugehen. b) Die Gesuchstellerin liess zu den Wohnkosten ausführen, dass sie in der Periode von November 2016 bis September 2017 verschiedene Wohnsitze gehabt habe, jedoch immer etwa Fr. 800.- bezahlt habe (Prot. I S. 12). Der Gesuchsgegner hat nur die Wohnkosten in der Zeit von November 2016 bis März 2017, während welcher sich die Gesuchstellerin bei ihrer Mutter in C._____ aufhielt, bestritten (vorn Erw. 1.1.5). Die Gesuchstellerin hat diesen Ausführungen nichts entge-

- 12 - gengesetzt. Mangels Einreichung von entsprechenden Belegen gelang es der Gesuchstellerin nicht, die bestrittenen Wohnkosten in der Zeit von November 2016 bis März 2017 glaubhaft zu machen, weshalb sie nicht berücksichtigt werden können. Die Wohnkosten für die Zeit von April bis September 2017 wurden nicht rechtsgenügend bestritten, da dazu seitens des Gesuchsgegners keine Ausführungen erfolgten. Die Mietkosten der Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Verhandlung vom 2. Mai 2018 betragen Fr. 800.- pro Monat (vgl. Prot. I S. 24). Es erscheint glaubhaft, dass sich die Mietkosten

auch in der Periode von April bis September 2017 auf monatlich Fr. 800.– beliefen, weshalb sie im Bedarf der Gesuchstellerin Berücksichtigung finden. Damit betragen die durchschnittlichen monatlichen Wohnkosten in der Periode von November 2016 bis September 2017 Fr. 436.35. c) Im Rahmen der Ausführungen zu ihrem aktuellen Bedarf bezifferte die Gesuchstellerin die Krankenkassenkosten auf monatlich Fr. 358.60 (Urk. 45 S. 11). Diese Kosten seien auch im Zeitraum von November 2016 bis September 2017 immer etwa gleich hoch gewesen (Prot. I S. 12). Der Gesuchsgegner führte aus, dass die Gesuchstellerin ihm gesagt habe, dass sie die Krankenkasse in der Schweiz nicht mehr benötige, da sie eine Arbeitsstelle in Deutschland habe (Prot. I S. 15). Mit diesen Ausführungen hat der Gesuchsgegner offensichtlich nur die Krankenkassenkosten in der Periode, während welcher sich die Gesuchstellerin in Deutschland aufhielt (November 2016 bis März 2017), bestritten. Die Gesuchstellerin hat diesen Ausführungen nichts entgegengesetzt und keine Belege eingereicht. Sie hat die bestrittenen Krankenkassenkosten in der Zeit von November 2016 bis März 2017 damit nicht glaubhaft gemacht. Vor dem Hintergrund, dass in der Schweiz mit Bezug auf die Krankenkasse eine Versicherungspflicht besteht und weil bei der Notbedarfsberechnung nur die Grundversicherung – nicht aber die Zusatzversicherung – zu berücksichtigen ist (BGE 134 III 323 E. 3), sind bei der Gesuchstellerin in der Periode von April 2017 bis September 2017 die ausgewiesenen Prämienkosten von monatlich Fr. 345.40 (vgl. Urk. 46/12) anzurechnen. Zusammenfassend ist bei der Gesuchstellerin im Zeitraum von November 2016 bis September 2017 von durchschnittlichen Krankenkassenkosten von Fr. 188.40 pro Monat auszugehen.

- 13 - d) Die Gesuchstellerin machte anlässlich der Verhandlung vom 2. Mai 2018 im Rahmen ihres aktuellen Bedarfs Kommunikationskosten von monatlich Fr. 124.30 geltend (Urk. 45 S. 11) und reichte eine entsprechende Quittung ein (Urk. 46/13). Sie führte zum Bedarf im Zeitraum zwischen November 2016 und September 2017 aus, dass die Telefonkosten etwa gleich hoch geblieben seien (Prot. I S. 12). Mit der pauschalen Ausführung des Gesuchgegners, wonach es nicht sein könne, dass der Bedarf in den Jahren 2016 und 2017 gleich hoch gewesen sei wie der aktuelle Bedarf, wurden die Telefonkosten nicht substantiiert bestritten. Es erscheint plausibel, dass die Kommunikationskosten der Gesuchstellerin in der Periode von November 2016 bis September 2017 etwa gleich hoch waren wie danach, weshalb der Gesuchstellerin Kommunikationskosten von Fr. 124.30 anzurechnen sind. e) Die Gesuchstellerin macht Kosten für die Hausrat- und Hausratversicherung von monatlich Fr. 40.– geltend (Prot. I S. 12 und act. 45 S. 11), räumt jedoch ein, in der fraglichen Periode über keine Hausrat- und Haftpflichtversicherung verfügt zu haben (vgl. Prot. I S. 12). Der Gesuchsgegner bestritt diese Position (Prot. I S. 16). Da die Gesuchstellerin anerkennt, über keine Hausrat- und Haftpflichtversicherung verfügt zu haben, sind in ihrem Bedarf auch keine entsprechenden Kosten zu berücksichtigen. f) Zu den Mobilitätskosten liess die Gesuchstellerin ausführen, dass diese immer etwa Fr. 280.– betragen hätten (Prot. I S. 12). Der Gesuchsgegner hat sich zu den Mobilitätskosten nicht konkret geäußert. Mit der pauschalen Ausführung, wonach es nicht sein könne, dass der Bedarf der Gesuchstellerin 2016 und 2017 gleich hoch gewesen sei wie der aktuelle Bedarf, wurden die Mobilitätskosten nicht rechtsgenügend bestritten. Als Zuschlag zum monatlichen Grundbetrag sind im familienrechtlichen Existenzminimum die Kosten der Fahrt zum Arbeitsplatz als Teil der unumgänglichen Berufskosten zu berücksichtigen. Abzustellen ist grundsätzlich auf die effektiven Auslagen für die Benützung des öffentlichen Verkehrs (Jann Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2.

Aufl., Bern 2014, Rz. 2.114 ff.). Die Gesuchstellerin gab an, von November 2016 bis März 2017 ihre Mutter in C._____ und im April 2017 einen 94-jährigen Mann bei diesem zu Hause gepflegt

- 14 - zu haben. Danach habe sie einen Monat in einem Hotel gearbeitet, wobei sie in einem Personalzimmer gewohnt habe. Seit Oktober 2017 arbeite sie für D._____ (Prot. I S. 22 f.). Aufgrund dieser Ausführungen ist es nicht glaubhaft, dass der Gesuchstellerin in der genannten Periode Arbeitswegskosten in der Höhe von Fr. 280.– pro Monat angefallen sind, weshalb diese Position nicht berücksichtigt werden kann. g) Die Gesuchstellerin machte einerseits Weiterbildungskosten von monatlich Fr. 200.– geltend (Prot. I S. 12 und Urk. 45 S. 11), gleichzeitig führte sie hinsichtlich der Weiterbildungskosten aus, dass sie immer wieder versucht habe, einen Anlauf zu unternehmen, es aber nicht geklappt habe (Prot. I S. 12). Mit diesen Ausführungen anerkennt die Gesuchstellerin, im fraglichen Zeitraum keine Weiterbildung besucht zu haben, weshalb ihr keine Weiterbildungskosten angerechnet werden können.

E. 1.1.7

Zusammenfassend ist im Zeitraum von November 2016 bis September 2017 auf Seiten der Gesuchstellerin von einem monatlichen Notbedarf von Fr. 1'749.05 (Grundbetrag: Fr. 1'000.–, Wohnkosten: Fr. 436.35, Krankenkasse: Fr. 188.40, Kommunikationskosten: Fr. 124.30) auszugehen.

E. 1.2

Periode II (Oktober 2017 bis Mai 2018) und Periode III (ab Juni 2018)

E. 1.2.1

Die Vorinstanz ging in der Periode von Oktober 2017 bis Mai 2018 von einem Notbedarf von Fr. 1'970.– und ab Juni 2018 von einem solchen von Fr. 2'970.– aus (Urk. 70 S. 16).

E. 1.2.2

Der Gesuchsgegner kritisiert in der Berufungsantwort einzig die der Gesuchstellerin von der Vorinstanz ab Oktober 2017 angerechneten Wohnkosten und stellt sich auf den Standpunkt, dass im Bedarf der Gesuchstellerin bis Ende 2017 keine Wohnkosten zu berücksichtigen seien, da die Gesuchstellerin auf Befragen ausgeführt habe, dass sie seit Oktober 2017 bei D._____ arbeite und dort praktisch umsonst wohnen könne. Erst seit sie eine Arbeitsbewilligung habe, erhalte sie auch ein Gehalt (Prot. I S. 23). Das bedeute nichts anderes, als dass

- 15 - die Gesuchstellerin bereits seit Oktober 2017 gearbeitet habe, jedoch bis Ende 2017 gratis habe wohnen können (Urk. 74 S. 3).

E. 1.2.3

Die Vorinstanz hat der Gesuchstellerin zu Recht bereits seit Oktober 2017 Wohnkosten von Fr. 800.– pro Monat angerechnet: So hat der Gesuchsgegner die Mietkosten für die Monate Oktober 2017 bis Dezember 2017 gemäss zutreffender vorinstanzlicher Erwägung nicht bestritten (vgl. Urk. 70 S. 17 und Prot. I S. 16). Implizit hat er die Wohnkosten vielmehr anerkannt, ging er in der genannten Periode doch – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – von einem Bedarf von Fr. 1'970.–, in welchem Wohnkosten von Fr. 800.– enthalten sind (vgl. Urk. 70 S. 16), aus (vgl. Prot. I S. 16). Es bleibt damit bei den von der Vorinstanz angerechneten Wohnkosten von Fr. 800.– für die Monate Oktober 2017 bis De-

zember 2017.

E. 1.2.4

Die Gesuchstellerin machte die vorinstanzliche Bedarfsberechnung in der Berufungsschrift nicht zum Thema der Berufung. Mit Eingabe vom 24. Januar 2019 reichte sie ihren neuen Mietvertrag ins Recht (Urk. 88/3). In der Folge machte sie mit Eingabe vom 31. Januar 2019 unter anderem gestützt auf die geänderten Mietkosten von Fr. 950.– einen angepassten Notbedarf von Fr. 2'864.– geltend (Urk. 89). Es ist erneut darauf hinzuweisen, dass Tatsachen, die sich erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ereignet haben, nicht mehr in die materielle Beurteilung der Eheschutzmassnahmen einfließen (vgl. ZR 101 [2002] Nr. 25), weshalb die geänderten Mietkosten sowie die übrigen angepassten Bedarfspositionen nicht berücksichtigt werden können. Es hätte an der anwaltlich vertretenen Gesuchstellerin gelegen, im Scheidungsverfahren ein vorsorgliches Massnahmebegehren einzureichen, damit die Änderungen bei den Bedarfspositionen hätten berücksichtigt werden können.

E. 1.2.5

Damit ist zusammenfassend in Übereinstimmung mit der Vorinstanz von einem Bedarf von Fr. 1'970.– (Oktober 2017 bis Mai 2018) bzw. von Fr. 2'970.– (ab Juni 2018) auszugehen.

- 16 - 2. Bedarf Gesuchsgegner

E. 2

Seit dem 27. Oktober 2017 standen sie vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1). Zum Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 70 S. 3 ff.). Am 15. Mai 2018 erging das unbegründete Urteil (Urk. 57). Das begründete Urteil wurde den Parteien am 25. Juli 2018 zugestellt (Urk. 68).

E. 2.1

Die Vorinstanz hat den Bedarf des Gesuchsgegners in zwei Phasen berechnet. Sie ging von Oktober 2017 bis Dezember 2017 von einem Bedarf in der Höhe von Fr. 3'194.– und ab Januar 2018 von einem solchen von Fr. 3'577.– aus (Urk. 70 S. 19 f.). Keine Partei äusserte sich im Berufungsverfahren zu den Bedarfsberechnungen der Vorinstanz auf Seiten des Gesuchsgegners, weshalb es bei den von der Vorderrichterin berücksichtigen Beträgen sein Bewenden hat.

E. 2.2

Da im Berufungsverfahren – im Gegensatz zum vorinstanzlichen Verfahren – auch Unterhaltsansprüche der Gesuchstellerin für die Periode von November 2016 bis September 2017 geprüft werden und weil die Lebensumstände des Gesuchsgegners in diesem Zeitraum dieselben waren wie in der Periode von Oktober 2017 bis Dezember 2017, ist für den Zeitraum von November 2016 bis September 2017 ebenfalls von einem monatlichen Notbedarf von Fr. 3'194.– auszugehen.

E. 2.3

Mit Eingabe vom 4. Februar 2019 lässt der Gesuchsgegner reduzierte Arbeitswegskosten von Fr. 250.– sowie leicht höhere Krankenkassenkosten von Fr. 293.20 geltend machen, wobei er die aktuelle Krankenkassenpolice einreichte (Urk. 93 S. 1 f. und Urk. 95/2). Auch

hier gilt, dass diese Tatsachenbehauptungen nicht in die vorliegende Beurteilung einfließen dürfen, da sie sich erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ereignet haben. Zusammenfassend beträgt der Bedarf des Gesuchsgegners damit Fr. 3'194.– (November 2016 bis Dezember 2017) bzw. Fr. 3'577.– (ab Januar 2018). 3. Einkommen Gesuchstellerin

E. 3

Mit Eingabe vom 6. August 2018 erhob die Gesuchstellerin und Berufungs- klägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) innert Frist Berufung und stellte die ein- gangs angeführten Anträge (Urk. 69). Die Berufungsantwort des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (nachfolgend Gesuchsgegner) datiert vom 10. Septem- ber 2018 (Urk. 74) und wurde der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 77 und 76/1-7). Es folgten im Berufungsverfahren weitere Eingaben unter dem Datum vom 24. Oktober 2018 (Urk. 80 und 82/1-5), 3. Dezember 2018 (Urk. 84 und 85), 24. Januar 2019 (Urk. 87 und 88/1-3), 31. Januar 2019 (Urk. 89 und 91/1-3), 4. Februar 2019 (Urk. 93 und 95/1-2), 14. März 2019 (Urk. 98 und 100/1-5), 12. April 2019 (Urk. 103 und 105/1-8), 10. April 2019 (Urk. 106 und 108/1-20), 13. Mai 2019 (Urk. 111 und 113/1-2), 21. Mai 2019 (Urk. 115), 29. Mai 2019 (Urk. 117 und 118), 6. September 2019 (Urk. 121 und 123/1-3) sowie vom 11. September 2019 (Urk. 124 und 126/1-3), welche der Gegenseite jeweils zur Kenntnis gebracht wurden (Urk. 83, 86, 92, 96, 101, 109, 110, 114, 116 und 119) bzw. mit vorliegendem Entscheid zugestellt werden.

E. 3.1

Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner nur für die Monate Oktober bis Dezember 2017 zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 710.–. Betreffend die Periode von November 2016 bis September 2017 sowie für die Zeit ab Janu- ar 2018 setzte sie keine Unterhaltsbeiträge fest. Die Gesuchstellerin verlangt

- 27 - rückwirkend ab November 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens Ehe- gattenunterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'970.–. Ausgehend von einer Gültig- keitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen bis Ende September 2019 verlangt die Gesuchstellerin damit Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 68'950.–. Der Gesuchsgegner beantragt die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids (Urk. 74 S. 1). Er verlangt damit die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen von ins- gesamt Fr. 2'130.–. Nach erfolgter Korrektur des vorinstanzlichen Entscheids be- trägt die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners über eine mutmassliche Gültig- keitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen bis Ende September 2019 insgesamt Fr. 14'065.– (11 x Fr. 1'085.– + 3 x Fr. 710.–). Die Gesuchstel- lerin un- terliegt damit mit Bezug auf die Unterhaltsfrage zu knapp 4/5. Da die Gesuchstel- lerin auch hinsichtlich der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen grossmehrheitlich unterliegt, sind ihr 4/5 der zweitinstanzlichen Gerichtskosten aufzuerlegen.

E. 3.1.1

Weil die Vorinstanz lediglich Unterhaltsansprüche der Gesuchstellerin ab Oktober 2017 prüfte, äusserte sie sich nicht zum Einkommen der Gesuchstellerin in der Periode von November 2016 bis September 2017. Da Unterhaltsansprüche der Gesuchstellerin bereits ab November 2016 geprüft werden, ist auf das Ein- kommen der Gesuchstellerin in der genannten Periode einzugehen.

E. 3.1.2

Die Gesuchstellerin liess zunächst ausführen, in den Jahren 2016 und 2017 kein Einkommen erzielt zu haben (Prot. I S. 12). Auf Nachfrage der Einzelrichterin, was die Gesuchstellerin seit November 2016 gearbeitet und wieviel sie verdient habe, gab sie zu Protokoll, dass sie bis März 2017 ihre Mutter gepflegt habe. Danach gefragt, ob sie nebenbei gearbeitet habe, erklärte die Gesuchstellerin, dass sie im November und Dezember 2016 nicht gearbeitet habe. Weiter führte sie aus, im April 2017 einen alten Mann bis zu dessen Tod gepflegt zu haben, wobei sie dafür Fr. 3'000.– erhalten habe. Im Mai 2017 habe sie an der Rezeption eines Hotels und im Service gearbeitet und Fr. 1'300.– verdient (Prot. I S. 22 f.).

E. 3.1.3

Der Gesuchsgegner wies auf die widersprüchlichen Vorbringen der Gesuchstellerin hin und zog deren anfängliche Aussage, in den Jahren 2016 und 2017 nicht erwerbstätig gewesen zu sein, in Zweifel. Er verlangte die Edition sämtlicher Lohnabrechnungen der Gesuchstellerin aus den Jahren 2016 und 2017 (Prot. I S. 14 f.). Im Rahmen der Novenstellungnahme liess der Gesuchsgegner abschliessend ausführen, dass die Gesuchstellerin auch in der Vergangenheit ein Einkommen erzielt habe (Prot. I S. 22).

E. 3.1.4

Die Gesuchstellerin anerkennt mit ihren Ausführungen, in der fraglichen Periode Einkünfte von Fr. 4'300.– erzielt zu haben. Ein darüber hinausgehendes Einkommen wurde vom Gesuchsgegner, welcher für das gesuchstellerische Einkommen als rechtshindernde Tatsache beweispflichtig ist, nicht substantiiert behauptet. Er beschränkt sich darauf zu behaupten, dass die Gesuchstellerin auch in den Jahren 2016 und 2017 ein Einkommen erzielt habe, ohne auszuführen, worauf er seine Vermutung stützt, oder eine Behauptung zur Höhe der vermuteten Einkünfte der Gesuchstellerin aufzustellen. Wie erwähnt entbindet der im vorliegenden Verfahren geltende eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 277 Abs. 3 ZPO) die Parteien nicht davon, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits substantiiert vorzutragen. Dies hat der Gesuchsgegner unterlassen. Deshalb hätte die Vorinstanz dem Editionsantrag des Gesuchsgegners nicht nachkommen müssen, wenn sie das Einkommen der Gesuchstellerin in der fraglichen Zeitspanne geprüft hätte. Der Gesuchsgegner zielte darauf ab, durch die beantragte Beweisabnahme zu weiteren Informationen zu kommen. Es ist aber nicht

- 18 - Aufgabe des Gerichts, durch die Abnahme von Beweismitteln Mutmassungen einer Partei zu verifizieren und damit das Behauptungsfundament überhaupt erst zu schaffen. Die einverlangten Belege wären nur dann zu edieren gewesen, wenn substantiierte Behauptungen vorgelegen hätten. Mangels Vorliegen von hinreichend konkreten Behauptungen kann der Gesuchstellerin nebst den anerkannten Einkünften von insgesamt Fr. 4'300.– kein zusätzliches Einkommen angerechnet werden. Es ist damit in der Periode von November 2016 bis September 2017 von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 390.90 (Fr. 4'300.– : 11) auszugehen.

E. 3.2

Entsprechend der Kostenverteilung ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine auf 3/5 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen, welche in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 Anw-GebV auf Fr. 2'100.– zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer, mithin auf Fr. 2'262.–, festzusetzen ist. In diesem

Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die nach der Berufungsantwort erfolgten Eingaben des Gesuchsgegners unnötig waren, da die darin gemachten neuen Vorbringen, welche Tatsachen beschlagen, die sich nach Rechtshängigkeit der Scheidung ereignet haben, nicht in die Beurteilung der Eheschutzmassnahmen einfliessen durften. 4. Im Berufungsverfahren ersuchen beide Parteien um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung (Urk. 69 S. 3 und Urk. 74 S. 1).

E. 3.2.1

Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Gesuchstellerin von Oktober 2017 bis Dezember 2017 kein Einkommen erzielt hat. Ab Januar 2018 rechnete sie der Gesuchstellerin ein Einkommen von Fr. 1'875.50 aus ihrer Arbeitstätigkeit als Praxisassistentin bei D._____, welche eine Massage- und Therapiepraxis führt, an. Sie erwog in diesem Zusammenhang, dass das Arbeitsverhältnis mit D._____ unter der aufschiebenden Bedingung gestanden sei, dass die Gesuchstellerin eine Arbeitsbewilligung erhalte (Urk. 46/5 Ziff. 1). Die Gesuchstellerin habe von Oktober 2017 bis Dezember 2017 noch keine Aufenthaltsbewilligung gehabt (Urk. 46/1; Urk.46/2). Mangels Eintritt der Bedingung habe noch kein Arbeitsvertrag bestanden, weshalb es glaubhaft sei, dass die Gesuchstellerin von Oktober 2017 bis Dezember 2017 noch kein Einkommen bei D._____ erzielt habe (Urk. 70 S. 10 f.). Diese Ausführungen wurden in der Berufungsbegründung und -antwort von keiner Partei kritisiert. Es ist damit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin in der Periode von Oktober 2017 bis Dezember 2017 kein Einkommen erzielt hat.

E. 3.2.2

Mit Eingabe vom 24. Oktober 2018 liess die Gesuchstellerin ausführen, dass das Einkommen aus ihrer Arbeitstätigkeit bei D._____ von Januar 2018 bis September 2018 durchschnittlich Fr. 305.95 betragen habe (Urk. 80 S. 10). Sie reichte in diesem Zusammenhang die Lohnabrechnungen April bis September 2018 ein (Urk. 82/5). Weiter reichte sie den mit der E._____ GmbH am

- 19 - 1. Oktober 2018 abgeschlossenen Arbeitsvertrag ein und machte geltend, dass ihr Nettoeinkommen seit 1. Oktober 2018 ca. Fr. 1'000.– monatlich betrage (Urk. 80 S. 4 und Urk. 82/4). Betreffend die Lohnabrechnungen April und Mai 2018 (Urk. 82/5 S. 1–4) ist davon auszugehen, dass diese im Zeitpunkt der Einreichung der Berufungsschrift (6. August 2018) bereits vorhanden waren – jedenfalls tut die Gesuchstellerin nichts Gegenteiliges dar. Indem die fraglichen Lohnabrechnungen erst rund zweieinhalb Monate später eingereicht wurden, fehlt es an der gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO geforderten unverzüglichen Einreichung, weshalb die genannten Belege keine Berücksichtigung finden können. Die Lohnabrechnungen Juni 2018 bis September 2018 sowie der Arbeitsvertrag mit der E._____ GmbH sind erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens (13. Juni 2018) entstanden und dürfen deshalb – wie bereits mehrfach ausgeführt wurde – nicht in die vorliegende Prüfung des gesuchstellerischen Einkommens einfliessen. Gleiches gilt für den mit Eingabe vom 24. Januar 2019 (Urk. 97) eingereichten Arbeitsvertrag zwischen der Stiftung F._____ und der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 88/2). Die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin hätte im Scheidungsverfahren ein vorsorgliches Massnahmebegehren stellen müssen, damit die geänderten Einkommensverhältnisse hätten berücksichtigt werden können. Was das Vorbringen des Gesuchsgegners anbelangt, wonach der Gesuchstellerin eine Pensumserhöhung auf 100% möglich und zumutbar wäre (Urk. 93 S. 3

und Urk. 103 S. 4), ist darauf hinzuweisen, dass diese Frage im Berufungsverfahren nicht zu klären ist, da dem Eheschutzberufungsgericht die Zuständigkeit für Anordnungen fehlt, die einzig in die Zukunft wirken, was bei der Frage der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens der Fall ist, weil eine rückwirkende Festsetzung eines solchen grundsätzlich unzulässig ist (BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004 E. 4.3; BGE 143 III 233 E. 3.4, S. 237).

E. 3.2.3

Zusammenfassend erfährt das von der Vorinstanz auf Seiten der Gesuchstellerin ermittelte Einkommen keine Anpassung, weshalb in der Periode von Oktober 2017 bis Dezember 2017 von einem Einkommen von Fr. 0.– und ab Januar 2018 von einem solchen von Fr. 1'875.50 auszugehen ist.

- 20 -

E. 3.3

Betreffend Verlegung der Prozesskosten erwog die Vorinstanz, dass die Prozesskosten in Anwendung von Art. 106 ZPO grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen zu verlegen seien, wobei gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO in familienrechtlichen Verfahren von diesem Grundsatz abgewichen werden könne und die Prozesskosten nach Ermessen verteilt werden könnten (Urk. 70 S. 23). Wenn – wie vorliegend – von der Grundnorm von Art. 106 ZPO nicht abgewichen wird, braucht dieser Entscheid auch keine nähere Begründung. Entsprechend ist der Vorinstanz – entgegen der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 69 S. 14) – keine Gehörsverletzung vorzuwerfen, weil sie nicht weiter auf Art. 107 ZPO eingegangen ist.

E. 3.4

Mit Bezug auf die vollumfängliche Kostenaufgabe an die Gesuchstellerin erwog die Vorinstanz, dass die Gesuchstellerin hinsichtlich der Unterhaltsfrage – dem Hauptstreitpunkt – aufgrund der zugesprochenen Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 2'130.– für die Monate Oktober 2017 bis Dezember 2017 zu rund 95% unterlegen sei. Da die Gesuchstellerin auch hinsichtlich der übrigen strittigen Punkte (Indexierung, Editionsbegehren sowie vorsorgliche Massnahmen) unterlegen sei, rechtfertige es sich, ihr die gesamten Gerichtskosten aufzuerlegen (Urk. 70 S. 23). Damit ist das Vorbringen der Gesuchstellerin, wonach die Vorinstanz bei ihrem Entscheid nicht berücksichtigt habe, dass der Gesuchsgegner bei der Unterhaltsfrage zumindest im Umfang von Fr. 2'130.– unterlegen sei (Urk. 69 S. 14), unzutreffend. 4. Jedoch ist der vorinstanzliche Kostenentscheid aufgrund der im Berufungsverfahren vorzunehmenden Korrektur der Unterhaltsbeiträge anzupassen. Die Gesuchstellerin verlangte Unterhaltsbeiträge von mindestens Fr. 2'000.– pro Monat (Urk. 45 S. 2). Der Gesuchsgegner beantragte, es seien mangels Leistungsfähigkeit keine Ehegattenunterhaltsbeiträge festzusetzen (Prot. I S. 13). Davon

- 26 - ausgehend, dass das Scheidungsverfahren anhängig ist und vorsorgliche Massnahmen beantragt werden können, verlangte die Gesuchstellerin bei einer mutmasslichen Weitergeltung des Eheschutzentscheids bis Ende September 2019 insgesamt Unterhaltsbeiträge von Fr. 70'000.–. Mit den zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen von insgesamt Fr. 14'065.– (11 x Fr. 1'085.– + 3 x Fr. 710.–) unterliegt die Gesuchstellerin mit Bezug auf die Unterhaltsfrage zu 4/5. Vor dem Hintergrund, dass die Gesuchstellerin hinsichtlich der übrigen strittigen Punkte, welche im Berufungsverfahren nicht Thema waren, vollumfänglich unterlag, rechtfertigt es sich, der Gesuchstellerin 9/10 der

erstinstanzlichen Entscheidgebühr auf- zuerlegen. Entsprechend ist die Gesuchstellerin zur Leistung einer auf 4/5 redu- zierten Parteientschädigung an den Gesuchsgegner zu verpflichten. Ausgehend von der vor Vorinstanz festgesetzten vollen Parteientschädigung von Fr. 4'500.– (inkl. MwSt.), deren Höhe von der Gesuchstellerin nicht beanstandet wurde und im Übrigen angemessen ist, ist die Parteientschädigung in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9, § 11 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) auf Fr. 3'600.– (inkl. MwSt.) festzusetzen. B. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens 1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beru- fungsverfahrens zu befinden. 2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenver- ordnung des Obergerichts (GebV OG) auf Fr. 5'500.– festzusetzen. 3. Im vorliegenden Berufungsverfahren waren lediglich die Ehegattenunter- haltsbeiträge sowie die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen strit- tig.

E. 4

Einkommen Gesuchsgegner

E. 4.1

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspfle- ge, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbe- gehen nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Hervorzuheben ist jedoch, dass die aus der ehelichen Beistandspflicht fliessende Pflicht zur Bevor-

- 28 - schussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten der unentgeltlichen Rechtspflege vorgeht (BGE 138 III 672 E. 4.2.1; BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1).

E. 4.2

Aufgrund der Subsidiarität des Anspruches auf unentgeltliche Rechtspflege zur ehelichen Beistandspflicht hat eine gesuchstellende Partei in jedem Fall ent- weder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenbeitrages zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darzulegen, weshalb ihrer An- sicht nach auf die Beantragung eines Prozesskostenbeitrages verzichtet werden kann. Die Beurteilung, ob ein Prozesskostenbeitrag zu leisten ist, darf nicht fak- tisch einer (antizipierten) Beurteilung durch die gesuchstellende Partei überlassen werden. Fehlen die notwendigen Ausführungen zum Prozesskostenbeitrag, liegt es nicht am ersuchten Gericht, in den Rechtsschriften und Akten nach Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen lassen könnten, dass kein Anspruch auf einen solchen besteht (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1 und 3.2). Es darf von einer anwaltlich vertretenen Partei erwartet werden, dass sie in ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege darlegt, wes- halb die Leistung eines Prozesskostenbeitrags durch die Gegenpartei nicht in Frage kommt. Fehlt diese Begründung, ist das Armenrechtsgesuch ohne Weite- res abzuweisen (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1, m.w.H.).

E. 4.2.1

Die Vorinstanz ging für die Zeit von Oktober 2017 bis Dezember 2017 ge- stützt auf das Lohnblatt 2017 (Urk. 18/4) von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 3'903.65 aus

(Urk. 70 S. 13). Diese Einkommensberechnung wurde von keiner Partei beanstandet und ergibt sich aus dem genannten Beleg, weshalb es dabei bleibt.

E. 4.2.2

Betreffend die Periode III bezifferte die Vorinstanz das Einkommen des Gesuchsgegners aufgrund einer Pensumsreduktion auf Fr. 3'122.90 (Urk. 70 S. 13).

E. 4.2.3

Die Gesuchstellerin moniert, dass die Änderungskündigung, welche zum reduzierten Einkommen ab Januar 2018 führte, auf einer Verabredung zwischen dem Gesuchsgegner und seiner Arbeitgeberin beruhe. In Tat und Wahrheit verdiene der Gesuchsgegner weit mehr als Fr. 3'194.–. So habe dieser auf die Ergänzungsforderung, ob er sich um eine Arbeitsstelle bemüht habe, provokativ geantwortet, dass er rund 5'000 Bewerbungen geschickt habe. Diese Antwort könne wohl nicht ernst gemeint sein, könne doch niemand in wenigen Monaten 5'000 Bewerbungen verschicken (Urk. 69 S. 9 f. und Prot. I., S. 36). Der Gesuchsgegner

- 21 - bestreitet, dass die Einkommensreduktion lediglich fingiert wurde (Urk. 74 S. 4). Er reicht in diesem Zusammenhang einen als "Erfolgsrechnung" betitelten Beleg der G._____ GmbH vom 27. Juni 2018 ein (Urk. 76/1).

E. 4.2.4

Der Gesuchsgegner schloss am 28. Dezember 2017 mit seiner bisherigen Arbeitgeberin, der G._____ GmbH, einen neuen Arbeitsvertrag ab. Danach beträgt sein Arbeitspensum ab 1. Januar 2018 33.6 Stunden und das Grundgehalt beläuft sich auf Fr. 3'600.– (Urk. 18/3 S. 2). Dass im vorinstanzlichen Entscheid von einer Änderungskündigung die Rede ist, lässt sich wohl damit begründen, dass das fragliche Dokument den Titel "Änderungskündigung im gegenseitigen Einverständnis" trägt. Tatsächlich handelt es sich beim genannten Dokument jedoch nicht um eine Änderungskündigung, sondern vielmehr um einen neuen Arbeitsvertrag mit geändertem Arbeitspensum und Lohn. Die Vorinstanz erwog, dass die Vorbringen der Gesuchstellerin, wonach es sich um eine reine Gefälligkeitskündigung handle (Urk. 45 S. 16; Prot. I S. 36), nicht überzeugend seien. Allein der Umstand, dass der Arbeitgeber seinen Angestellten duze, reiche dazu nicht aus. Es sei glaubhaft, dass das Geschäft mit der Restauration von Segelbooten in der Schweiz nicht wie erwartet funktioniere und dass der Gesuchsgegner kurz vor der Kündigung gestanden sei und seine Arbeitsstelle nur zu einem reduzierten Arbeitspensum habe behalten können (Prot. I S. 27 f.), weshalb ab 1. Januar 2018 von einem Nettoeinkommen von Fr. 3'122.90 auszugehen sei (Urk. 70 S. 13). Mit diesen vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich die Gesuchstellerin in ihrer Berufungsschrift nicht auseinander und kommt damit der Begründungspflicht im Sinne von Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht nach. Die vorinstanzlichen Ausführungen sind nachvollziehbar und lassen sich mit den Vorbringen des Gesuchsgegners anlässlich der Hauptverhandlung vom 2. Mai 2018 (Prot. I S. 27 f.) in Einklang bringen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass dem geänderten Arbeitsvertrag nicht auch eine tatsächliche Pensums- und Einkommensreduktion gegenübersteht. Was die Gesuchstellerin aus der zitierten Protokollstelle ableiten möchte, erschliesst sich nicht. Durch den Umstand, dass der Gesuchsteller im Besitz der „Erfolgsrechnung“ 2017 der G._____ GmbH (Urk. 76/1) ist, sieht sich die Gesuchstellerin darin bestätigt, dass er eine freundschaftliche Verbindung zu seinem Arbeitgeber pflege. Unter Freunden leiste man sich Freundschaftsdienste,

- 22 - was gerichtsnotorisch sei. Die angebliche Lohnreduktion sei klar ein Konstrukt (Urk. 80 S. 5 f.). Indessen ist es nachvollziehbar, dass der Gesuchsteller den behaupteten schlechten Geschäftsgang seiner Arbeitgeberin zu belegen versucht und diese allenfalls um Hilfe ersucht, wobei die „Erfolgsrechnung“ einzig das Jahresergebnis samt Vorjahr aufführt. Anhaltspunkte für eine fingierte Lohnreduktion sind damit nicht glaubhaft gemacht. Daher ist dem Gesuchsgegner in Übereinstimmung mit der Vorinstanz ab Januar 2018 ein Einkommen von Fr. 3'122.90 netto anzurechnen.

E. 4.2.5

Weiter kritisiert die Gesuchstellerin, dass die Vorinstanz dem Gesuchsgegner nicht Fr. 1'200.– aus der Untermiete seines Sohnes als Einkommen anrechnet hat. Die Erwägung der Vorinstanz, wonach es glaubhaft sei, dass der Sohn keine Untermiete bezahle, solange der Gesuchsgegner noch offene Schulden habe, sei willkürlich. Dass ein mündiger Sohn, welcher Vollzeit arbeite und Fr. 6'000.– pro Monat verdiene, kostenlos beim Vater wohne, sei unglaubwürdig. Ausserdem habe der Gesuchsgegner die Schulden, die er bei seinem Sohn habe, nicht substantiiert (Urk. 69 S. 10 f.).

E. 4.2.6

Die Gesuchstellerin setzt sich in ihrer Berufungsschrift nicht mit der Begründung der Vorinstanz auseinander. Das pauschale Vorbringen, wonach die vorinstanzliche Erwägung willkürlich sei, vermag der Begründungspflicht nicht zu genügen. Die Gesuchstellerin macht damit nicht die Erwägungen der Vorinstanz zum Ausgangspunkt ihrer Kritik und zeigt nicht auf, inwiefern die Erwägungen fehlerhaft sein sollen. Entgegen der Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegner anlässlich der Hauptverhandlung vom 2. Mai 2018 mit der Ausführung, wonach er seinem Sohn gemäss Schuldanererkennung vom 29. Mai 2016 Fr. 13'365.40 sowie solcher vom 15. Oktober 2016 Fr. 7'600.– schulde, die geltend gemachten Schulden genügend substantiiert behauptet. Weiter hat der Gesuchsgegner vor Vorinstanz zwei Schuldaner recognungen vom 29. Mai 2016 bzw. 15. Oktober 2016 gegenüber seinem Sohn über die genannten Beträge eingereicht (Urk. 18/11 S. 2 f.). Damit hat er die fraglichen Schulden nicht nur substantiiert behauptet, sondern auch hinreichend belegt und entsprechend glaubhaft gemacht. Angesichts dessen hat es bei den vorinstanzlichen Erwägungen sein Bewenden.

- 23 -

E. 4.2.7

Was den von der Gesuchstellerin mit Eingabe vom 24. Januar 2019 (Urk. 87) eingereichten neuen Arbeitsvertrag vom 31. Dezember 2018 zwischen dem Gesuchsgegner und der I.____ AG anbelangt (Urk. 88/1), aus welchem ein Bruttoeinkommen von Fr. 3'300.– hervorgeht, so darf dieser Vertrag nicht in die materielle Beurteilung einfließen, da er erst nach Einleitung des Scheidungsverfahrens entstanden ist.

E. 4.2.8

Damit bleibt es auf Seiten des Gesuchsgegners bei der vorinstanzlichen Einkommensfestsetzung von Fr. 3'903.65 (Oktober 2017 bis Dezember 2017) bzw. von Fr. 3'122.90 (ab Januar 2018).

E. 4.3

Die Gesuchstellerin hat im erstinstanzlichen Verfahren einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenbeitrags gestellt (vgl. Urk. 1 S. 3). Im Gegensatz dazu hat keine Partei vor Obergericht einen entsprechenden Antrag gestellt noch dargelegt, weshalb sie auf einen solchen Antrag verzichtet hat (vgl. Urk. 69 S. 5; Urk. 74 S. 7 f.). Die Gesuchstellerin hat an anderer Stelle in ihrer Berufungsschrift vielmehr ausgeführt, dass der Gesuchsgegner ein Haus in J._____ [Ort], mehrere Fahrzeuge, eine Liegenschaft in seinem Heimatland K._____ sowie ein Schnellboot besitze und damit leistungsfähig sei (Urk. 69 S. 12). Mangels eines Antrages auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses bzw. mangels einer Begründung für das Absehen von der Beantragung eines solchen sind infolge der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege die Gesuche der Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen.

- 29 -

E. 4.4

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das Armenrechtsgesuch des Gesuchsgegners auch aus einem anderen Grund abzuweisen wäre. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, muss ihre gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation, d.h. sowohl ihre Einkünfte als auch ihre Vermögenssituation berücksichtigt werden. Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Unbewegliches Vermögen ist bei der Beurteilung der Bedürftigkeit zu berücksichtigen, soweit als die darin gebundenen Mittel kurzfristig zur Prozessfinanzierung verfügbar gemacht werden können. So muss der Eigentümer einer Liegenschaft eine (zusätzliche) Hypothek aufnehmen, solange diese noch belastet werden kann. Ist die Aufnahme einer Hypothek nicht möglich, so ist die Immobilie zu veräussern, sofern die Veräusserung nach den gesamten Umständen zumutbar ist; das ist der Fall, wenn eine gewinnbringende Veräusserung innert angemessener Frist tatsächlich möglich ist (vgl. Huber, in: DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., 2016, Art. 119 N 36, 40; BGE 119 Ia 11, E. 5, S. 12 f.; BGer 5P.458/2006 vom 6. Dezember 2006 E. 2.2; BGer 5A_294/2008 vom 18. August 2008, E. 3.4.1; BGer 4A_294/2010 vom 2. Juli 2010 E. 1.3). Entsprechend gilt die Mittellosigkeit nur als erstellt, wenn der Nachweis erbracht wird, dass eine weitere Belohnung der Liegenschaft nicht möglich oder eine Veräusserung nicht zumutbar ist (BGer 5P.133/2000 vom 15. Mai 2000; OGer ZH LY120023 vom 3. September 2012 E. 2.2; OGer ZH LE120055 vom 24. Januar 2013 E. 4.a). Legt eine Partei ihre finanzielle Situation nicht von sich aus schlüssig dar, obwohl sie um diese Obliegenheit weiss oder wissen muss, kann ihr Gesuch ohne vorgängige Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden. Das gilt insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien, denen das Wissen ihres Rechtsvertreters anzurechnen ist und die deshalb nicht als prozessual unbeholfen gelten können (vgl. BGer 4D_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3 m.w.H.; BGer 5A_62/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 5.3).

E. 4.5

Zur Begründung seiner Mittellosigkeit bringt der Gesuchsgegner lediglich vor, dass sich an seinen finanziellen Verhältnissen seit dem vorinstanzlichen Verfahren nichts geändert habe (Urk. 75 S. 7). Der Gesuchsgegner ist Alleineigentü-

- 30 - mer einer Liegenschaft in J. _____ (Urk. 18/12 S. 8). Vor Vorinstanz liess er vortragen, dass es sich bei der Liegenschaft in J. _____ um eine Bauruine handle, die weder verkauft noch über die bestehende Hypothek von Fr. 380'000.– hinaus belastet werden könne (Urk. 17 S. 2 f.). Eine Bestätigung der Bank hinsichtlich der geltend gemachten Unmöglichkeit einer hypothekarischen Belastung hat der anwaltlich vertretene Gesuchsgegner nicht eingereicht. Sodann fehlen substantiierte Ausführungen, weshalb eine gewinnbringende Veräusserung der Liegenschaft nicht zumutbar sein soll. Der Gesuchsgegner hat damit nicht ausreichend dargetan, dass die Liegenschaft nicht liquidierbar ist. Entsprechend hat der Gesuchsgegner seine Mitwirkungspflicht verletzt, weshalb sein Armenrechtsgesuch auch aus diesem Grund abzuweisen wäre. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 und 3 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 15. Mai 2018 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen. 3. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen. 4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. November 2016 monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen: - Fr. 1'085.– (1. November 2016 bis 30. September 2017) - Fr. 710.– (1. Oktober 2017 bis 31. Dezember 2017)

- 31 - 2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'200.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin zu 9/10 und dem Gesuchsgegner zu 1/10 auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'600.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Gesuchsgegners direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die uneinbringliche Parteientschädigung geht im Umfang von Fr. 3'600.– auf den Kanton über.

E. 5

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.

E. 5.1

Der Gesuchsgegner verfügt in der Periode I (November 2016 bis September 2017) bei einem monatlichen Einkommen von Fr. 4'278.– und einem Bedarf von Fr. 3'194.– über einen Überschuss von gerundet Fr. 1'085.–, welcher ihm zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Gesuchstellerin zur Verfügung steht, weshalb der Gesuchsgegner zur Leistung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen in dieser Höhe zu verpflichten ist. Bei der Gesuchstellerin resultiert ein Manko von Fr. 273.– (Bedarf von Fr. 1'749.05.–/. eigenes Einkommen von Fr. 390.90.– /. Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'085.–).

E. 5.2

In der Periode II (Oktober 2017 bis Dezember 2017) bleibt es bei den von der Vorinstanz ermittelten Einkommen und Bedarfen der Parteien. Entsprechend ist der Gesuchsgegner in Übereinstimmung mit dem vorinstanzlichen Urteil zur Leistung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 710.– zu verpflichten. Das Manko der Gesuchstellerin beläuft sich auf Fr. 1'260.– (Fr. 1'970.– Bedarf /. Fr. 710.– Unterhaltsbeitrag).

E. 5.3

Mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners (Einkommen: Fr. 3'122.90; Bedarf: Fr. 3'577.–) ist dieser ab Januar 2018 nicht mehr in der Lage, der Gesuchstellerin einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen. Diese hat das in der Zeit von Januar 2018 bis Mai 2018 resultierende Manko von monatlich Fr. 95.– (Bedarf von Fr. 1'970.– ./ . eigenes Einkommen von Fr. 1'875.50) bzw. von Fr. 1'095.– ab

- 24 - Juni 2018 (Bedarf von Fr. 2'970.– ./ . eigenes Einkommen von Fr. 1'875.50 Erwerbseinkommen) selbst zu tragen. II. A. Vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). 2. Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 4'200.– fest, auferlegte die Gerichtskosten vollumfänglich der Gesuchstellerin und verpflichtete diese zur Leistung einer Parteientschädigung an den Gesuchsgegner von Fr. 4'500.– (inkl. MwSt.; Urk. 70 S. 22 f.). 3. Die Gesuchstellerin wirft der Vorinstanz sowohl mit Bezug auf die Höhe der Gerichtsgebühr als auch hinsichtlich der Verlegung der Gerichtskosten eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, da die Begründung der Höhe der Entscheidgebühr lediglich zwei Zeilen umfasse und weil Art. 107 ZPO unberücksichtigt geblieben sei (Urk. 69 S. 14).

E. 6

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin zu 4/5 und dem Gesuchsgegner zu 1/5 auferlegt.

E. 7

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'262.– zu bezahlen.

E. 8

Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Gesuchstellerin unter Beilage der Urk. 121 - 123/1-3, an den Gesuchsgegner unter Beilage der Urk. 124 - 126 /1-3), an das Migrationsamt des Kantons Zürich, die Gerichtskasse Hinwil, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 9

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

- 32 - Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 13. September 2019 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. J. Freiburghaus versandt am: am

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.